

# A Sucessão do Companheiro: Questões Controvertidas

**Sylvio Capanema de Souza**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Universitário e da EMERJ. Advogado.*

## I. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o regime jurídico da união estável experimentou significativo avanço, no sentido de assegurar maiores direitos aos companheiros, principalmente em decorrência dos princípios fundamentais nela insculpidos, da preservação da dignidade humana e solidariedade social.

Esta elogiável tendência já vinha se delineando antes dela, ainda que de forma tímida, através de algumas leis especiais, na área previdenciária e na legislação de infortunistica.

Na versão original do Código Civil de 1916, que reflete, nitidamente, o individualismo e o patrimonialismo característicos do direito do século XIX, muito influenciado pela tradicional moral cristã, só se reconhecia a família legítima, resultante do casamento, negando-se, por via de consequência, qualquer direito aos concubinos, como eram assim chamadas as pessoas que mantinham vida em comum, não sendo casadas, o que constituía verdadeiro “pecado social”.

Aquele Código, a rigor, só se referia aos concubinos para lhes negar direitos, jamais para concedê-los.

Exemplos eloquentes eram os artigos 248, inciso IV, que assegurava à mulher casada reivindicar os bens comuns doados pelo marido à concubina; 1719, inciso III, que vedava a nomeação de herdeiro ou legatário por testador casado à concubina e 1474, que

fulminava de nulidade a indicação do concubino como beneficiário do seguro de vida de pessoa casada, ainda que de fato separada.

A jurisprudência, que caminha mais rápido que a lei, aos poucos foi mitigando o seu rigor, concedendo aos companheiros alguns direitos, tal como aconteceu na legislação do inquilinato, quando se permitiu que o concubino pudesse suceder a locação celebrada em nome do outro, quando este falecesse ou se separasse.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, concedendo-lhe a mesma proteção que o Estado confere ao casamento, deu início a um novo tempo, de crescentes conquistas de direitos.

A evolução é tão marcante que numerosos segmentos da sociedade brasileira já defendem, com naturalidade, a extensão destes direitos e garantias às uniões homoafetivas, já havendo decisões, especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo-as também como entidades familiares, a merecer igual proteção.

## **II. AS LEIS 8.971/94 E 9.278/96**

Como já se disse, a evolução foi lenta e dolorosa para os companheiros.

A Lei 8.971/94 constitui um importante marco na conquista dos direitos dos companheiros.

Além de elencar os requisitos para que se pudesse reconhecer a existência de união estável, admitiu ela, em seu artigo 1º, que o companheiro poderia se valer da Lei 5.478/68, para reclamar alimentos do outro, provando a necessidade e enquanto não constituísse nova união estável.

Os direitos sucessórios do companheiro foram concedidos no artigo 2º, que assegurou ao sobrevivente o usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns, e da metade, se não deixar ele descendentes, mas sobrevivendo ascendentes.

O mais relevante representa o inciso III do artigo 2º, quando estabeleceu ele que, na falta de descendentes ou ascendentes, o

companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança, recebendo-a, portanto, em propriedade, e não como simples usufrutuário.

Colocava-se o companheiro no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, precedendo os colaterais do autor da herança.

No que concerne aos bens havidos, onerosamente, na constância da união estável, “em que haja colaboração do companheiro”, terá o direito à metade destes bens.

Não será difícil perceber que esta lei traduziu extraordinário avanço, e por isto foi recebida com grandes críticas e resistências, por parte dos setores mais conservadores da sociedade e pela Igreja.

Logo depois surgiu a Lei 9.278/96 em cuja ementa se lê: “Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal”, que é aquele dispositivo, já citado, que reconhece a união estável como entidade familiar.

Logo no artigo 1º, que enumera os requisitos da união estável, dispensou-se o prazo mínimo de cinco anos de convivência, para sua caracterização, bastando que fosse ela “duradoura e contínua”, o que desde logo suscitou questionamentos, quanto ao lapso temporal.

No artigo 7º, parágrafo único, estabeleceu a lei que, dissolvida a união estável por morte de um dos “conviventes”, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, direito este a que não se referia a lei anterior, acima comentada.

O novo diploma avançou, no que tange ao regime dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável, dispensando a prova da efetiva contribuição, para que pudesse o sobrevivente reclamar sua meação, criando presunção absoluta do esforço comum.

Mas foi a Lei 9.278/96 silente quanto ao usufruto de parte da herança, quando houvesse descendentes ou ascendentes, e também nada falava sobre o direito à integralidade da herança, em caso de ausência de herdeiros necessários.

Esta omissão, sobre tão importante tema, suscitou acirrada divergência doutrinária e pretoriana.

Uma vertente, adotada no Enunciado nº 1, da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, em reunião por ela convocada, sustentava que a Lei 9.278/96 revogara, tacitamente, a Lei 8.971/94, por lhe ser posterior, disciplinando, inteiramente, a mesma matéria.

Em decorrência, ao companheiro sobrevivente só se reconheceria, com a morte do outro, o direito real de habitação, já que não mais se aludia ao usufruto e, muito menos, à integralidade da herança, na ausência de herdeiros necessários, o que traduzia incompreensível retrocesso.

A segunda corrente à qual desde o primeiro momento aderimos entendia que a Lei 9.278/96 não revogara a anterior tendo apenas estabelecido disposições gerais ou especiais, “a par das já existentes”, aplicando-se, assim, a regra do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Entendemos que o objetivo da lei nova foi suprir uma lacuna da anterior, para incluir, entre os direitos sucessórios do companheiro, o direito real de habitação, ao qual não se aludira antes, o que constituía evidente equívoco.

Tão acesa foi a controvérsia, a gerar insegurança jurídica, enfraquecendo a união estável, que o Governo Federal, na esperança de espancar as dúvidas, nomeou uma “Comissão de Notáveis”, liderada pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, encarregando-a de elaborar um outro anteprojeto de lei, que disciplinasse, por inteiro, os direitos sucessórios dos companheiros, o que foi feito.

No novo texto proposto, a Comissão elencou estes direitos sucessórios, incluindo todos aqueles previstos na Lei 8.971/94 e na Lei 9.278/96, o que atendeu à segunda corrente.

Teria o companheiro sobrevivente direito ao usufruto de parte da herança, ou a sua integralidade, como proprietário, na ausência de herdeiros necessários, além do direito real de habitação.

Infelizmente a iniciativa não foi à frente, talvez porque já se retomara, no Congresso, a tramitação do projeto do Código Civil,

que ali hibernava há mais de vinte anos, preferindo-se delegar a ele a disciplina da união estável, o que, aliás, veio a ocorrer.

### **III. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A nosso aviso, e como se tentará demonstrar, o regime jurídico da união estável, especialmente quanto aos direitos sucessórios, redundou em intolerável retrocesso, em grande prejuízo para os companheiros, o que é incompreensível, rompendo-se a coerente evolução do tema, antes referida, e contrariando a modificação dos costumes da sociedade brasileira e de seus valores éticos.

Uma expressiva parcela da população brasileira, por diversas circunstâncias, vive hoje em união estável, da qual frequentemente resulta prole e que, segundo o comando constitucional, merece a mesma proteção do Estado.

A primeira e veemente crítica que se faz diz respeito à colocação do tema, na paginação do novo Código.

Assim é que a sucessão do companheiro foi incluída nas “Disposições Gerais”, no artigo 1790, o que a deixa inteiramente deslocada.

Parece-nos evidente que a matéria teria que se incluir no Capítulo I do Título II, que trata da “ordem da vocação hereditária.”

É neste capítulo que se disciplina a sucessão do cônjuge, à qual deveria se seguir, por coerência, a do companheiro, o que seria muito mais técnico e de melhor compreensão.

Não é preciso ser um Savigny ressuscitado para se perceber que a sucessão do companheiro não é uma “disposição geral” e, ao revés, um tema especial, umbilicalmente ligado à ordem de vocação hereditária.

Ultrapassada esta questão, referida apenas para ressaltar a maneira pouco técnica com que se tratou a matéria, passamos a examinar o novo regime jurídico da sucessão do companheiro.

Estabelece o artigo 1790 que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, na forma adiante regulamentada.

A primeira interpretação que se pode extrair da redação é que, em hipótese alguma, o companheiro sobrevivente receberá a integralidade da herança, em propriedade, na ausência de descendentes ou ascendentes, como se previa na Lei 8.971/94, já que seu direito fica limitado aos bens havidos onerosamente na vigência da união estável.

A seguir estabelece o novo Código que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho; se concorrer com descendentes só do autor de herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança e, finalmente, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Percebe-se, desde logo, outra redação defeituosa, ao se referir a Lei a “filhos”, quando deveria aludir a “descendentes”, já que nada impede que herdeiros sejam os netos ou bisnetos e assim sucessivamente, não havendo herdeiros nos graus superiores.

Prosseguindo na comparação dos textos é fácil perceber que profundo prejuízo sofreram os companheiros quanto à ordem de vocação hereditária.

No sistema da Lei 8.971/94 o companheiro ocupava o terceiro lugar na referida ordem, precedendo os colaterais.

No novo Código ele passa a concorrer com parentes sucessíveis, não havendo herdeiros necessários, ou seja, com os colaterais, e só na ausência destes é que terá direito “à totalidade da herança”.

A diferença de critérios é imensa, em prejuízo dos companheiros, que passam a concorrer, eventualmente, até mesmo com os primos do *de cujus*, não havendo herdeiros nas classes ou graus anteriores, parentes que, muitas vezes, nem mantinham contato com o *de cujus*.

#### **IV. QUESTÕES CONTROVERTIDAS**

##### **a) Direito real de habitação**

Como já foi assinalado, a Lei 9.278/96 assegurava ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, relativamente ao

imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

Mas o novo Código é silente quanto a este importante direito sucessório, como se vê do artigo 1790.

Discute-se, então, se remanesceria para o companheiro sobrevivente o direito real de habitação, agora sem previsão legal.

A primeira corrente responde negativamente, por entender revogada a Lei 9.278/96, tendo em vista que o nosso Código exauriu a matéria da união estável, quanto aos direitos sucessórios, não aludindo à habitação, aplicando-se a regra do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução.

Em que pese o respeito devido aos que advogam esta tese, permitimo-nos dela divergir.

Mas não nos dispomos a discutir a tese da revogação ou não da Lei 9.278/96, o que nos parece despiciendo para resolver a questão.

O artigo 1831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único desta natureza a se inventariar.

Diante do comando inserido no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, não vemos como não estender ao companheiro a mesma proteção, tão necessária para a preservação da dignidade humana.

Ainda mais porque, em razão das regras impostas pelo artigo 1790, não havendo bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável, mas tão somente exclusivos do *de cujus*, o companheiro sobrevivente ficará ao desamparo, nem mesmo tendo onde morar.

Por isto, o silêncio do artigo 1790, quanto ao direito real de habitação, não nos impressiona, e nem nos parece suficiente para excluí-lo, sob pena de se violar preceito constitucional, conferindo ao cônjuge relevante proteção, negada ao companheiro.

Também não há, teleologicamente, qualquer justificativa para retirar-se o direito real de habitação do rol dos direitos su-

cessórios do companheiro, ainda mais diante da anterior correção, na década de 90, quando do advento da Lei 9.278/96.

Concluindo, somos de opinião que persiste o direito real de habitação em favor do companheiro, nos mesmos moldes em que é ele conferido ao cônjuge sobrevivente.

#### **b) Concorrência com descendentes**

Como já foi antes assinalado, se o companheiro concorrer com filhos comuns (leia-se: descendentes) terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (descendente) e se os descendentes são exclusivos do *de cujus*, tocar-lhe-á a metade que couber a cada um deles.

Em mais uma surpreendente omissão, esqueceu-se por certo o legislador de aludir à hipótese de concorrerem à sucessão descendentes comuns e exclusivos, tal como já acontecera, quando disciplinada a sucessão de cônjuges.

Aplicar-se-iam, em conjunto, os dois sistemas, calculando-se os quinhões de forma diferente, em relação aos descendentes comuns e exclusivos?

Entendemos que não, em razão de outro comando constitucional que exige que os filhos, qualquer que sejam as suas origens, herdem igualmente.

Se aplicarmos, em conjunto, os incisos I e II, os quinhões não se igualarão.

É preciso, então, eleger qual deles deve prevalecer.

Parece-nos que a melhor solução é a mais favorável ao companheiro, que já tão prejudicado ficou, com o novo regime.

Assim sendo, o companheiro sobrevivente herdaria em igualdade de condições com todos os descendentes, ou seja, por cabeça, tanto em relação aos filhos comuns, quanto aos exclusivos.

Esta solução seria ainda mais justa, na hipótese de ter deixado o *de cujus* bens anteriores ao início da união estável e/ou adquiridos gratuitamente durante sua vigência, sobre os quais só herdariam os descendentes.

Convém também assinalar que, segundo o artigo 1790, em hipótese nenhuma se assegura ao companheiro a quota mínima



da quarta parte da herança, quando concorre com filhos comuns, tal como acontece com o cônjuge, o que também nos parece discutível, ante o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

### c) Direito a totalidade da herança

Em relação ao inciso IV do artigo 1790 é que se instalou a maior controvérsia.

Mais uma vez foi infeliz a redação, a exigir verdadeira acrobacia hermenêutica do intérprete.

Como conjugar o *caput* do artigo 1790 e o seu inciso IV?

Uma primeira solução seria entender que a “totalidade da herança”, a que se refere o inciso IV, é constituída apenas pelos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, declarando-se vacante a herança quanto aos demais.

Seria a exegese mais aproximada da literal, considerando o *caput*.

A outra solução, que nos parece muito melhor, é entender que, na hipótese do inciso IV, o companheiro sobrevivente receberia a integralidade da herança, em propriedade, sendo ela constituída por todos os bens deixados pelo *de cujus*, qualquer que tenha sido a época, e independente da onerosidade.

Mas é preciso encontrar uma explicação para que se defenda este ponto de vista.

E só pode haver uma, consistente em atribuir à palavra “herança”, empregada no inciso IV, sua concepção plena, enquanto que nos incisos I e II seria limitada aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável.

O mesmo critério se aplicaria à hipótese do inciso III, em que o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis, quando, então, a terça parte que lhe é atribuída se aplicaria sobre a totalidade dos bens.

Em resumo, o sistema seria diferente, para as hipóteses dos incisos I e II, em que o companheiro concorre com descendentes comuns e/ou exclusivos do *de cujus*, e III e IV, quando a concorrência é com outros herdeiros sucessíveis (colaterais) ou não há qualquer herdeiro.

Esta é a solução que melhor se coaduna, a nosso sentir, com a evolução social e o espírito da Constituição Federal.

Não nos parece justo que o companheiro, que muito mais próximo costuma estar do outro, seja preterido pelos colaterais, geralmente afastados. Pior ainda ficaria o companheiro se parte da herança viesse a ser recolhida pelo Município, como vacante, na ausência de parentes sucessíveis.

Este é o entendimento que submetemos ao mais esclarecido crivo dos leitores.

## **V. DA VIGÊNCIA DOS SISTEMAS**

É de elementar sabença, que a sucessão se rege pela lei vigente à época de sua abertura, ou seja, no momento do óbito. (artigo 1787 do Código Civil de 2002, que reproduziu o artigo 1577 do anterior.)

Assim sendo, abrem-se, a respeito da sucessão do companheiro, as seguintes situações jurídicas:

1) O companheiro morre antes de 29 de dezembro de 1994, quando entrou em vigor a Lei 8.971: o companheiro nenhum direito sucessório terá, sendo a sucessão integralmente regida pelo Código Civil de 1916.

2) O companheiro morre entre 29 de dezembro de 1994 e 13 de maio de 1996, quando entrou em vigor a Lei 9.278: o companheiro terá seus direitos sucessórios atribuídos pelo artigo 2º da Lei 8.971/94, excluindo-se o direito real de habitação, nela não previsto.

3) O companheiro morre entre 13 de maio de 1996 e 11 de janeiro de 2003: aplicar-se-ão, a nosso aviso, todos os direitos sucessórios previstos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, aí se incluindo o direito real de habitação.

4) O companheiro morre após 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil: o regime será o nele estabelecido, com os comentários feitos acima, quanto a seus pontos controvertidos.

## **VI. CONCLUSÃO**

Como assinalamos, no início desta despretensiosa colabora-

ção, a sucessão do companheiro nem de longe restou pacificada com o advento do novo Código Civil.

Muito ao contrário, a questão ficou perigosamente controvertida, sendo evidente o retrocesso, sob todos os ângulos, injustificável, tanto à luz da Constituição Federal de 1988, quanto aos novos princípios que regem o Direito Civil brasileiro.

A matéria exigirá, ainda por muito tempo, hercúleo esforço dos juristas, magistrados e advogados para que se encontrem soluções que melhor atendam à realidade brasileira.

Nem de longe tivemos a veleidade de exaurir o tema ou imaginar que melhores são as interpretações que adotamos.

Nosso propósito, como sempre, foi o de colaborar, ainda que modestamente, para o debate, sem o qual jamais se chegará a uma solução que preserve a dignidade humana e se construa uma sociedade mais justa e solidária. 